
Datum: 24.07.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 RVs 84/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0724.4RVS84.18.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 16 NS 85/17
Schlagworte: Gewerbsmäßigkeit, Diebstahl, Berufungsbeschränkung, eigene Feststellungen
Normen: StPO § 318; StGB § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3

Leitsätze:

Bei den tatrichterlichen Feststellungen zum gewerbsmäßigen Vorgehen handelt es sich in der Regel nicht um doppelrelevante Tatsachen, die sowohl Schuld- als auch Straf-ausspruch berühren. Im Falle einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch entfalten daher die erstinstanzlichen Feststellungen zum ge-werbsmäßigen Handeln in der Regel keine Bindungswirkung für das Berufungsgericht, so dass dieses insoweit eigene Feststellungen zu treffen hat.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Strafausspruch – **bzgl. aller drei Angeklagten** - mit den zu Grunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Rechtsmittels – an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Münster zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

I.	2
Das Amtsgericht hat (u.a.) den nunmehr revidierenden Angeklagten wegen gemeinschaftlichen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten verurteilt. Der Verurteilung liegt eine Diebstahlstat des Angeklagten sowie seiner beiden ehemaligen Mitangeklagten in einem Baumarkt zu Grunde. Das Amtsgericht hat das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit gem. § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB bejaht.	3
Den nicht revidierenden Angeklagten S hat es wegen gemeinschaftlichen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, den ebenfalls nicht revidierenden Angeklagten C wegen gemeinschaftlichen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt.	4
Auf die Berufungen der Angeklagten, welche vor vornherein auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt worden waren, hat das Landgericht das amtsgerichtliche Urteil „aufgehoben“, die Angeklagten des Diebstahls für schuldig befunden und den revidierenden Angeklagten unter Verwerfung seiner Berufung im Übrigen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Den nicht revidierenden Angeklagten S hat es unter Verwerfung seiner Berufung im Übrigen und unter Einbeziehung einer Strafe aus einer anderen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten – ausgesetzt zur Bewährung – verurteilt. Den nicht revidierenden Angeklagten C hat es unter Verwerfung seiner Berufung im Übrigen unter Einbeziehung von Strafen aus einer anderen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt.	5
Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte E mit der Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts in allgemeiner Form rügt. Die Generalstaatsanwaltschaft hat die Verwerfung des Rechtsmittels gem. § 349 Abs. 2 StPO beantragt.	6
II.	7
Die zulässige Revision des Angeklagten E hat auf die Sachrüge hin in vollem Umfang Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Münster (§§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 2 StPO).	8
Klarstellend weist der Senat darauf hin, dass trotz der missverständlichen Formulierung des Tenors des angefochtenen Urteils das Landgericht nicht etwa das erstinstanzliche Urteil auch im Schuldspruch aufgehoben hat. Wie sich aus den Urteilsgründen ergibt, hat es vielmehr die Berufungsbeschränkung als wirksam erachtet und demgemäß (zutreffenderweise) auch keine eigenen Feststellungen mehr zum Schuldspruch getroffen. Letztlich hat das Landgericht lediglich das Strafmaß abgesenkt und (zutreffend) den Tenor bzgl. des Schuldspruchs auf „Diebstahl“ (statt „gemeinschaftlichen Diebstahl“) berichtigt (vgl. zur Unnötigkeit der Tenorierung einer gemeinschaftlichen Begehungsweise: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 260 Rdn. 24 m.w.N.).	9
Mithin betrifft der eigentliche Entscheidungsgehalt des Berufungsurteils allein den Rechtsfolgenausspruch.	10
Dieser hat indes keinen Bestand, da er an einem durchgreifenden Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten leidet. Das Landgericht ist bei seiner Strafraumenwahl von dem Strafraumen des § 243 Abs. 1 StGB wegen einer gewerbsmäßigen Begehungsweise ausgegangen. Es hat jedoch zu dieser keine eigenen Feststellungen getroffen, sondern	11

lediglich die Feststellungen des Amtsgerichts zum Tatgeschehen wörtlich zitiert, deren letzter Satz lautet: „Die Angeklagten handelten in der Absicht, sich durch die wiederholte Begehung von Diebstahlsdelikten eine nicht nur vorübergehende und nicht unerhebliche Einnahmequelle zur Finanzierung ihres Lebensunterhalts zu verschaffen“.

Ist die gewerbsmäßige Begehung der Tat - wie bei § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB - als Regelbeispiel für einen Straferschwerungsgrund ausgestaltet, so ist sie allein für die Strafzumessung relevant. Bei den tatrichterlichen Feststellungen zum gewerbsmäßigen Vorgehen handelt es sich in der Regel nicht um doppelrelevante Tatsachen, die sowohl Schuld- als auch Strafausspruch berühren. Im Falle einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch entfalten daher die erstinstanzlichen Feststellungen zum gewerbsmäßigen Handeln in der Regel keine Bindungswirkung für das Berufungsgericht, so dass dieses insoweit eigene Feststellungen zu treffen hat (vgl. BGH, Beschl. v. 20.06.2017 – 1 StR 458/16 – juris; KG, Beschl. v. 11.12.2017 – (5) 161 Ss 161/17 (77/17) – juris). 12

Die bloße Zitierung der amtsgerichtlichen Feststellungen ersetzt keine eigenen Feststellungen der Berufungskammer und können auch nicht als solche gewertet werden. Auch die Beweiswürdigung oder die rechtliche Würdigung im angefochtenen Urteil verhalten sich nicht zur Frage der Gewerbsmäßigkeit, was eventuell die Annahme hätte begründen können, dass das Landgericht eigene – im Ergebnis gleichlautende Feststellungen – wie das Amtsgericht getroffen hat. 13

Auch wenn sich (insbesondere) aus dem Lebenslauf des Angeklagten eine Reihe von Anhaltspunkten dafür ergeben, dass tatsächlich eine Verurteilung wegen einer gewerbsmäßigen Begehung in Betracht kommt, kann der Senat nicht mit letzter Sicherheit ausschließen, dass das Landgericht bei Vornahme eigener Feststellungen dieses Regelbeispiel nicht bejaht hätte und die Strafe nur aus dem Grundstrafrahmen des § 242 StGB geschöpft hätte. 14

Gem. § 357 StPO war die Urteilsaufhebung auf die nicht revidierenden Angeklagten zu erstrecken, da das Landgericht bzgl. aller Angeklagten vom Strafraumen des § 243 StGB ausgegangen ist, ohne eigene Feststellungen zur Gewerbsmäßigkeit zu treffen. Einer vorherigen Anhörung der nicht revidierenden Angeklagten bedarf es grds. nicht (Gericke in KK-StPO, 7. Aufl., § 357 Rdn. 17 m.w.N.). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ein Anhörungsrecht – soweit erkennbar – nur für den Fall anerkannt, in denen eine den Nichtrevidenten nicht unmittelbar begünstigende, ihn nach Zurückverweisung der Sache möglicherweise belastende Entscheidung nach § 357 StPO in Betracht kommt (BGH NJW 2005, 374, 376). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Kommt der neue Tatrichter nicht mehr zur Feststellung der Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit, so ist der mildere Grundstrafrahmen des § 242 StGB anzuwenden, kommt er zur Feststellung der Gewerbsmäßigkeit, so steht er Verschlechterung § 358 Abs. 2 StPO entgegen. 15

Von der Aufhebung unberührt bleibt die Nichtanordnung der Maßregel nach § 64 StGB. Insoweit ist die Revision offensichtlich unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO. 16

III. 17

Bzgl. des Angeklagten E liegen die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Haftbefehls nach §§ 126 Abs. 3, 120 Abs. 1 StPO nicht vor. Es ergibt sich – auch vor dem Hintergrund der Dauer der Untersuchungshaft und der Höhe der maximal im vorliegenden Verfahren zu erwartenden Strafe - nicht ohne Weiteres, dass die Voraussetzungen des § 120 Abs. 1 StPO 18

vorliegen.

Der Senat hat bzgl. des nichtrevidierenden Angeklagten C die Voraussetzungen nach §§ 357 S. 2, 47 Abs. 3 StPO geprüft, da Haftbefehle mit der Erstreckungsentscheidung wieder aufleben (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 3567 Rdn. 17) und hier gegen den Angeklagten ausweislich der Angaben im angefochtenen Urteil und der VG10 (Bl. 839 d.A.) ein Haftbefehl (AG Münster 23 Gs 946/17) bestand, wobei die hierauf beruhende Untersuchungshaft zur Vollstreckung einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten aus dem Urteil des AG Mönchengladbach vom 04.08.2017 (die dortige Gesamtfreiheitsstrafe wurde mit dem angefochtenen Urteil aufgelöst und die zu Grunde liegenden Einzelstrafen in die hiesige Strafe mit einbezogen) unterbrochen worden war. 19

Umstände, die „ohne Weiteres“ ergeben, dass die Voraussetzungen der Untersuchungshaft nicht mehr vorliegen, sind indes nicht erkennbar, so dass das nach § 126 Abs. 2 StPO zuständige Gericht unverzüglich eine Haftprüfung wird durchführen müssen. 20

Bzgl. des nicht revidierenden Angeklagten S war der Haftbefehl bereits durch das Berufungsgericht bei Urteilsverkündung aufgehoben worden, weil die erkannte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt worden war, so dass hier ein Wiederaufleben ausscheidet. 21